Die Verfallklausel im Pfandrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Josef Bonnemann

Gerichtsreferendar aus Koblenz.

Marburg 1930

Druck: H. L. Scheid, Koblenz, Gemüsegasse 12-14.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 23. Juli 1930.

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum.

v. Amira	Nordgermanisches Obligationenrecht. 1882.
Biermann	Kommentar zum BGB Sachenrecht. 3. Auflage. 1914.
Brinkmann	Die lex commissoria beim Pfandrecht. Gött. Diss. 1892.
v. Broecker	Die Ungültigkeit der lex commissoria beim Pfandrecht. Erl. Diss 1896.
Crome	System des Deutschen bürgerlichen Rechts. 1905.
Dernburg	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens. 4. Aufl.
Dernburg	Das Pfandrecht. Bd. 1 1860. Bd. 2 1864.
Endemann	Die Rechtsquellen des bürgerlichen Rechts und ihre Auslegung; in der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jähr. Bestehen des Reichsgerichts. 1929. Bd. 2 S. 132 ff.
Enneccerus, Kipp, Wolff	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einleitung. Allgemeiner Teil. Von Enneccerus 1928; Sachenrecht v. M. Wolff 1929.
Gierke	Deutsches Privatrecht. 1905. II. Band.
Glück	Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld.
Goldmann-Lilienthal	Das BGB. 1912.
Heusler	Institutionen des Deutschen Privatrechts. 1886.
Hitzig	Das griechische Pfandrecht. 1895.
Hübner	Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 4. Aufl. 1922.
Kohler	Pfandrechtliche Forschungen. 1882.
Kohler-Peiser	Hammurabis-Gesetz. Band 1. 1904.
Kohler-Peiser	Aus dem babylonischen Rechtsleben. Band 1 1890, Band 2 1891, Band 3 1894, Band 4 1898.
Kohler-Wenger	Allgemeine Rechtsgeschichte I; in „Die Kultur der Gegenwart". 1914.
Koschaker	Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht. 1911.
Koschaker-Ungnad	Hammurabis Gesetz. Band 6 1923.
Kübler	Geschichte des römischen Rechts. 1925.
Leist	Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. 1889.
Leonhard, Franz	Auslegung und Auslegungsnormen. Rektoratsrede, Marburg 1917.
Manigk	Gläubigerbefriedigung durch Nutzung. 1910.
Manigk	Artikel: Auslegung, und Artikel: Pfandrecht im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. 1927.
Manigk	Artikel: fiducia, und Artikel: hyperocha in der Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft.
v. Meibom	Das Deutsche Pfandrecht. 1867.
Mitteis	Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. 1891.
Mitteis und Wilcken	Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde. 1912.
Oberneck	Das Reichsgrundbuchrecht. 1909.
Planck	Kommentar zum BGB. 4. Aufl. III. 1920.
Rabel	Die Grundzüge des römischen Privatrechts; in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Band 1.

Raape	Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung. 1913.
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum BGB. 6. Aufl. 1928.
Römer	Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht. 1866.
Schäfer	Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung; im Archiv für bürgerliches Recht. Band 38, S. 1 ff.
Staub	Kommentar zum HGB. 12. und 13. Aufl. 1926.
Staudinger u. a.	Kommentar zum BGB. 9. Auflage 1929.
Stobbe-Lehmann	Handbuch des Deutschen Privatrechts. 3. Aufl.
Vangerow	Lehrbuch der Pandekten. 1863.
Warnkönig	Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrecht; im Archiv für die zivilistische Praxis. Band 24 und Band 25.
Windscheid	Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906. Bearbeitet von Dr. Theod. Kipp.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Außerdem wurden benutzt:

Corpus iuris civilis, edd. Mommsen, Krueger, Schoell.
Gai institutiones, ed. Krueger.
Kölner Schreinsurkunden des 12. Jahrhunderts. Bonn 1884—1888.
Des Sachsenspiegels erster Teil, ed. C. G. Homeyer. 3. Aufl.

Gliederung.

Seite

§ 1 Einleitung. Plan der Arbeit 7

1. Teil.

I. Die Verfallklausel beim Pfand in früheren Rechten. Geschichte bis zum Ausgang des 19. Jahrhunderts.

§ 2 a) Die Verfallklausel im Pfandrecht bei den Babyloniern . . . 8

b) Die Verfallklausel im Pfandrecht bei den Griechen 10

c) Die Verfallklausel im Pfandrecht bei den Römern 11

§ 3 II. Das Verbot der lex commissoria durch Konstantin. Geschichtliche Entwicklung bis zur Rezeption.

a) Der Inhalt des konstantinschen Verbots 12

b) Das konstantinsche Verbot in den späteren Jahrhunderten bis zur Rezeption 13

§ 4 III. Die Verfallklausel im germanischen Recht. Geschichtliche Entwicklung nach der Rezeption bis zum BGB.

a) Auch die germanischen Rechtsordnungen enthalten den Verfallvertrag 14

b) Die Einwirkung der Rezeption 15

2. Teil.

Die Verfallklausel im geltenden Pfandrecht.

§ 5 I. Entstehungsgeschichte der §§ 1149, 1229 BGB. 17

§ 6 II. Die Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB.

a) Zweck und Inhalt des Verbots der Verfallabrede 18

b) Die Tatbestandsmerkmale der verbotenen Verfallabrede.

§ 7 1. Die Bedingung der Nichtzahlung 19

§ 8 2. Der Befriedigungszweck 23

§ 9 3. Nur die vor Fälligkeit der gesicherten Forderung vereinbarte Verfallabrede ist verboten 26

§ 10 c) Ergebnis der bisherigen Untersuchungen. Wirkung des Verbots.

1. Die herrschende Meinung ist abzulehnen 28

2. Die Folgen der Verbindung der verbotenen Verfallabrede mit einem Pfandvertrag 29

§ 11 III. Umfang des Verbots 30

§ 12 IV. Die Verfallabrede bei der Sicherungsübereignung 31

§ 13 V. Schlußbetrachtung 36

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554424_0162

§ 1.

Einleitung. Plan der Arbeit.

In den §§ 1149, 1229 BGB wird der Verfallvertrag im Pfandrecht verboten. Bei der bestimmten und klaren Wortfassung, die diese Paragraphen aufweisen, ist scheinbar eine allgemein anzuerkennende und unbestrittene Auslegung dieses Verbots nicht schwierig. Aber auch hier zeigt sich, daß selbst bei ganz bestimmt gefaßten Gesetzen Fragen auftauchen können, die ein tieferes Eindringen zu ratio und Sinn verlangen, wenn anders eine befriedigende Antwort gefunden werden soll. Der reine Wortlaut hilft nicht weiter. Es sei z. B. bei dem hier zu erörternden Thema die Frage herausgegriffen, ob auch bei der Sicherungsübereignung das Verbot der Verfallabrede Geltung habe. Wissenschaft und Rechtsprechung vertreten hier die widersprechendsten Ansichten. Das Reichsgericht verneint die Anwendbarkeit des § 1229 BGB bei der Sicherungsübereignung[1]), stellt aber gleichzeitig fest, daß im Konkurse des Treugebers die Sicherungsübereignung dem Treunehmer nur ein Absonderungsrecht gebe, also wie ein Pfandrecht wirke. Die Frage ist gerechtfertigt, ob nicht eine Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB gefunden werden kann, die eine einheitliche Anwendung gestattet. Dazu bedarf es des Eindringens in den Sinn des Verbotes der §§ 1149, 1229 BGB. Inhalt und Bedeutung des Verbots der Verfallabrede müssen zunächst untersucht werden, will man eine begründete und befriedigende Antwort auf die oben gestellte Frage finden. So führte eine willkürlich herausgegriffene, aber im praktischen Leben brennende Frage zur Erörterung des gestellten Themas und zu theoretischen Untersuchungen, deren Ergebnisse wiederum dazu dienen sollen, Zweifel zu lösen, die die Praxis des Alltags aufwirft.

Ausangspunkt einer jeden Gesetzesauslegung ist der Text der verbindlichen Norm. Die sich auf diesen allein stützende grammatische Auslegung wird aber nur in den seltensten Fällen zu überall brauchbaren Resultaten führen, da es fast unmöglich erscheint, daß ein Rechtssatz in dem Gesetz einen völlig klaren und eindeutigen Ausdruck erhält. So wurde schon darauf hingewiesen, daß der Wortlaut des Verbots der Verfallabrede in den §§ 1149, 1229 BGB manche Zweifel für die Auslegung nicht löst. Dann muß zur logischen Auslegung geschritten werden, bei der der Sinn des Gesetzes unter Berücksichtigung des Zusammenhangs des Textes mit anderen Vor-

[1]) R G R Komm. § 936, Anm. 6.

schriften, der geschichtlichen Entwicklung und der Billigkeit des gefundenen Ergebnisses aufgedeckt wird.[1]) Diese einzelnen Faktoren der Auslegung sind bei den verschiedenen Gesetzen verschieden stark zu berücksichtigen. Eine feste Anwendungsregel läßt sich nicht aufstellen; denn die Gesetze werden in ihrer Entstehung und endgültigen Gestaltung verschieden stark von der Geschichte, von Billigkeitserwägungen usw. beeinflußt. Da nun das Rechtsinstitut des Pfandes in alten Rechten verwurzelt ist und besonders die Verfallklausel und ihr Verbot bis in die frühesten uns bekannten Rechtsordnungen hinaufreicht, ist der Schluß wohl gerechtfertigt, daß eine eingehende geschichtliche Untersuchung für die Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB zweckmäßig, ja notwendig ist. Und zwar wird nicht nur durch die Betrachtung derjenigen Rechtsordnungen, die einen unmittelbaren Einfluß auf die Entstehung des Verbots ausgeübt haben, Aufschluß über das Wesen der verbotenen Verfallabrede zu erhalten sein, auch dort, wo eine solche direkte Einwirkung nicht feststellbar ist, kann doch die Rechtsvergleichung zu wichtigen Ergebnissen führen. In diesem weiteren Sinne wird hier die Rechtsgeschichte für die Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB herangezogen werden.

Der Plan der Arbeit gestaltet sich also so, daß in einem ersten Teil eine eingehende geschichtliche Betrachtung der lex commissoria und ihres Verbots gegeben wird, worauf in einem zweiten Teil unter Berücksichtigung der gefundenen Ergebnisse und der anderen für die Auslegung maßgebenden Faktoren eine Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB versucht wird.

1. TEIL.

I. Die Verfallklausel beim Pfand in früheren Rechten. Geschichte bis zum Ausgang des 19. Jahrhunderts.

§ 2.

a) Die Verfallklausel im Pfandrecht bei den Babyloniern.

Die ältesten Rechtsquellen des antiken Pfandrechts, die uns heute bekannt sind, sind die babylonischen Rechtsordnungen. Es findet sich hier zwar noch kein festumrissener juristischer Begriff für Pfandrecht, doch läßt sich mit ziemlicher Sicherheit aus den vorhandenen Urkunden schließen, daß Pfandgeschäfte auch schon damals keine Seltenheit waren, wobei dahingestellt bleiben mag, ob ein

[1]) vergl. Manigk, Art. „Auslegung" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.

dingliches Pfandrecht bereits anzunehmen ist oder die Verpfändung nur Haftung erzeugte[1]). In diesen Pfandgeschäften des frühen babylonischen Rechts findet sich recht häufig das Verfallpfand (vgl. Urk. 1472, 1493). Mitunter läßt sich auch die Wendung, die Pfandsache als „Ersatz" zu leisten, feststellen (Urk. 1485). Ein Ersatzpfand hat aber Verfallcharakter. Diese Erscheinungsform des Pfandes als Verfallpfand ist für die Zeiten primitiver Wirtschaftsformen erklärlich. Es herrscht noch Tauschverkehr; Geld- und Kreditwirtschaft haben noch keinen Einfluß auf das Rechtsleben genommen. Waren, die gegenseitig wegen ihrer Gleichwertigkeit als Tauschobjekte dienen, mögen auch als Sicherheiten für gleichwertige Forderungen hingegeben worden sein in der Art, daß mit der Hingabe nur ein vorläufiger, später wieder rückgängig zu machender Tausch verbunden war. Das Verfallpfand dürfte auch aus dem Grunde schon beliebt gewesen sein, weil es die schnelle und endgültige Regelung von schwebenden Schuldverhältnissen herbeiführte. Die oben genannten Urkunden stammen aus der Zeit vor Hammurabi. Im jüngeren babylonischen Recht läßt sich das Pfandgeschäft schon eher als Bestellung eines dinglichen Rechts bezeichnen. Aber auch in dieser Zeit ist der Verfallcharakter des Pfandes nicht verschwunden. Hammurabi hat die lex commissoria nicht verboten[2]). In neubabylonischen Urkunden (Kohler-Peiser: Rechtsleben, II. S. 69, III. S. 33, IV. S. 64) wird beim Pfandvertrag ausdrücklich Eigentumsanfall der Pfandsache an den Gläubiger ausbedungen unter kaufweiser Verrechnung der Schuld. Infolge der nunmehr aufgekommenen Kreditwirtschaft ist zwar die Möglichkeit gegeben, daß das Pfand wertvoller als die zu sichernde Forderung ist, einem Schaden des Schuldners wird aber dadurch vorgebeugt, daß der Gläubiger beim Verfall zu einer kaufweisen Verrechnung und eventuellen Aufzahlung verpflichtet wird. Es zeigt sich schon hier in der neubabylonischen Rechtsordnung, daß auch bei dem Verfallpfand die Rechte des Schuldners auf einen etwa vorhandenen Überschuß des Wertes der Pfandsache über den der gesicherten Forderung gewahrt werden können. Daß auch nach dem babylonischen Recht für den Schutz des Schuldners vor der Ausbeutung durch den Gläubiger gesorgt war, geht auch daraus hervor, daß das Pfändungspfandrecht immer zum Verkauf des Pfandes führte. Die Pfändung war ein einseitiger Akt des Gläubgers. Es mußte für den Schutz des Schuldners vor nicht gerechtfertigten Zugriffen des Gläubigers gesorgt werden. Beim Vertragspfand war der Schuldner Ver-

[1]) Letzteres ist unter allen Umständen anzunehmen. Vgl. hierzu u. z. f. Manigk, Art. Pfandrecht im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft; Hammurabis Gesetz von Koschaker und Ungnad, Band VI, 1923, Urk. 1464 ff.

[2]) so Manigk a. a. O. gegen Koschaker und Ungnad a. a. O. S. 21 bei d.

tragsgegner; es lag bei ihm, ob er zu einer Verfallabrede seine Zustimmung geben wollte. Tat er es, so verzichtete er damit auf den Schutz, den ein Verkaufspfand ihm bot (Manigk a. a. O.).

b) Die Verfallklausel im Pfandrecht bei den Griechen.

In Griechenland war das Pfand zunächst reines Verfallpfand. Bei der πρᾶσις ἐπὶ λύσει handelte es sich um einen echten Kauf, wobei die Forderung, im Gegensatz zu der fiducia in Rom, sogleich unterging. Der Schuldner hatte aber innerhalb einer bestimmten Frist ein Lösungsrecht, sodaß die πρᾶσις ἐπὶ λύσει, obwohl sie einen echten Kaufvertrag darstellt, nach griechischer Auffassung eine Erscheinungsform des Pfandrechts ist[1]). Bei Säumnis des Schuldners verfiel das Pfand endgültig. Dieser Verfall brauchte nicht besonders verabredet zu werden, er war selbstverständlich. Der Gläubiger war ja bereits mit Abschluß der πρᾶσις ἐπὶ λύσει Eigentümer geworden. Eine Herauszahlungspflicht der Hyperocha bestand nicht, ebensowenig eine Pflicht des Schuldners zur Deckung des ἐλλεῖπον, weil der übereignete Gegenstand als Ersatzleistung galt, als provisorische Erfüllung, die nunmehr eine endgültige wurde. Bei der ὑποθήκη war die Rechtslage eine ähnliche: bei Fälligkeit wurde der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht zahlte, Eigentümer[2]). Auch hier bestand zunächst für den Gläubiger keine Verpflichtung zur Herauszahlung der Hyperocha. Mit der Zeit trat infolge des Übergangs zur Kreditwirtschaft aber in dieser Beziehung sowohl bei der πρᾶσις ἐπὶ λύσει als auch bei der ὑποθήκη eine Änderung ein. Der Sicherungsgedanke trat in den Vordergrund, der Ersatzcharakter verschwand. Damit wurde dann auch eine Herauszahlungspflicht für die hyperocha verbunden. Zuerst mögen Abreden, die sich hierauf bezogen, üblich gewesen sein, nachher wurden sie selbstverständlich und änderten dann auch das objektive Recht[3]). Die Verfallabrede blieb aber durchaus üblich und auch gesetzlich erlaubt, jedoch mit der Einschränkung, daß der Gläubiger nur bis zur Höhe seiner Forderung sich aus dem Pfand befriedigen durfte, dem Schuldner also z. B. eine Verpfändung der hyperocha erlaubt war. Im zweiten Gesetz von Ephesos wurde bestimmt, daß die hyperocha bei verpfändeten Grundstücken nicht durch Verkauf, sondern durch Schätzung festgestellt werden sollte[4]).

---

[1]) Hitzig, Das griechische Pfandrecht, S. 3, 77 ff.; Manigk a. a. O.

[2]) vergl. das ἔχειν καὶ κρατεῖν auf dem ὅρος 62 (zitiert nach Hitzig a. a. O., S. 9).

[3]) vgl. auch Hitzig a. a. O., S. 91; Manigk a. a. O.

[4]) Manigk, Art. hyperocha, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft von Pauly-Wissowa.

Die griechischen Rechte zeigen hier deutlich, daß die Verpflichtung zur Herauszahlung der hyperocha die Vereinbarung eines Verfallpfandes nicht ausschließt. Das griechische Pfand blieb noch lange Verfallpfand (vgl. z. B. D de leg. III, 101, pr.), die ὑποθήκη ist es noch in den jüngsten Quellen[1]). Es muß aber darauf hingewiesen werden, daß in Griechenland ein reines Verfallpfand, bei dem der Schuldner seiner Rechte auf eine eventuelle hyperocha sich begeben hatte, nicht üblich war. Das griechische Verfallpfand brachte dem Schuldner keine unbilligen Vermögensnachteile. Dieser Umstand darf nicht übersehen werden, wenn man den Einfluß des konstantinschen Verbots der lex commissoria auf das griechische Pfandrecht feststellen will. Berücksichtigt man, daß Konstantin die asperitas und captiones bei der lex commissoria treffen wollte, dann geht daraus hervor, daß er nicht das griechische Pfandrecht zerstören wollte, wo keine asperitas und captio dem Schuldner drohte. Es ist daher gegen Mitteis[2]) mit Manigk[3]) daran festzuhalten, daß das griechische Pfandrecht durch das konstantinsche Verbot der lex commissoria seine Geltungskraft nicht verlor.

c) Die Verfallklausel im Pfandrecht bei den Römern.

Zur Zeit der Naturalwirtschaft war auch das römische Pfand reines Verfallpfand, sowohl bei der fiducia als auch beim pignus vgl. o. S. 9)[4]). Mit dem Übergang zur Geld- und Kreditwirtschaft trat aber auch in Rom in dieser Beziehung eine Änderung ein. Waren in der früheren Zeit Pfand und gesicherte Forderung regelmäßig gleichwertig, so war das jetzt in der komplizierteren Geld- und Kreditwirtschaft nicht mehr der Fall. Der alte pignus-Begriff wandelte sich Das Pfand wurde nicht mehr als Ersatzleistung angesehen. Der Sicherungsgedanke trat in den Vordergrund. Das Pfandrecht wurde schließlich zu einem jus in re aliena. Das Bedürfnis, bei allen Verkehrsgeschäften den Wertausgleich von Leistung und Gegenleistung zu erreichen, beeinflußte auch das Pfandrecht. Jetzt konnte auch die Frage, ob der Gläubiger zur Herausgabe der hyperocha und der Schuldner zur Deckung des residuum verpflichtet sei, gestellt werden. Zur Zeit des Ersatzpfandes war ja eine hyperocha oder ein residuum nicht möglich. Im Orient wurde durch die Vereinbarung von aus-

---

[1]) Manigk, Art. hyperocha und Hitzig a. a. O., S. 132. Das Pfändungspfand war aus den oben S. 9 erwähnten Gründen auch in Griechenland immer Verkaufspfand.

[2]) Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, S. 130; auch Raape, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung, S. 88.

[3]) Art. Pfandrecht.

[4]) Manigk, Art. fiducia u. hyperocha; Rabel, Grundz. des röm. Privatrechts, S. 491.

gleichenden Nebenabreden eine Lösung gefunden, in Rom führte der wirtschaftliche Zwang des jus gentium schließlich zum Verbot der lex commissoria, die trotz der Wandlung des pignus-Begriffes beibehalten worden war und die wohl in der Naturalwirtschaft, wo Pfand und Forderung tatsächlich gleichwertig waren, nicht aber in der Kreditwirtschaft ihre Berechtigung hatte. Die reine Verfallabrede kam zwar noch vor, brachte jetzt aber oft unbillige Härten für den Schuldner mit sich. Allerdings war das Verkaufspfand die Regel geworden[1]). Zunächst war noch ein pactum de vendendo nötig, später, und zwar noch in klassischer Zeit, wurde das jus distractionis gesetzlich (D 13, 7, 4). Bei der fiducia war die Entwicklung ähnlich. Die fiducia war ebenfalls ursprünglich ein Verfallpfand. Hier erübrigte sich die Verabredung einer lex commissoria oder eines Verkaufsrechts[2]). Aber das pactum vendendi, das beim pignus üblich geworden war, wurde später auf die fiducia übertragen und wurde auch hier die Regel; jetzt wurde die lex commissoria, die ja eigentlich bei der fiducia keinen Sinn hatte, vereinbart, wenn man von der Regel des Verkaufs abweichen wollte. Diese lex commissoria kam ebenfalls wie beim pignus auch bei der fiducia noch vor, als das jus distractionis schon Gesetz geworden war. Auch hier fehlten aber, wie bei der lex commissoria beim pignus, die im Orient zunächst üblich gewordenen und schließlich gesetzlich vorgeschriebenen Abmachungen über die Rechte des Schuldners auf die Herausgabe einer eventuellen hyperocha. So war auch die lex commissoria bei der fiducia oft für den Schuldner gefährlich, eine asperitas und eine captio.

§ 3.

II. Das Verbot der lex commissoria durch Konstantin. Geschichtliche Entwicklung bis zur Rezeption.

a) Der Inhalt des konstantinschen Verbots.

In der Kaiserzeit war die Entwicklung des Pfandrechts dahin gediehen, daß in Rom das Verkaufspfand vorherrschte, im Orient das Verfallpfand[3]). Der Verfallgedanke, der von früherer Zeit her den Römern vertraut war, wurde in einem ähnlichen Rechtsinstitut, dem kaufweisen Erwerb des Pfandes, beibehalten (D 20, 1, 16, 9; 13, 7, 39). Hierbei waren, da es sich um einen Kauf handelte, die Grundsätze von Treu und Glauben maßgebend, sodaß dem Schuldner die Gefahren, die das reine Verfallpfand ihm bringen konnte, nicht drohten. Es lag deshalb auch kein Anlaß vor, diesen üblich gewordenen, von der Nichtzahlung der Schuld bedingten Pfandkauf zu verbieten.

[1]) vgl. Servius D 47, 10, 15, 32 und Labeo 20, 1, 35.
[2]) Manigk, Art. fiducia.
[3]) Rabel, Grundzüge, S. 496.

Konstantin hat dieses Institut nicht zerstört. Sonst hätte Justinian nicht D 20, 1, 16, 9 in die Digesten aufgenommen. Neben dem Verkaufspfand und dem Pfandkauf war in Rom aber auch das reine Verfallpfand noch möglich, bei dem auch die hyperocha verfiel[1]). Bei diesem zeigten sich asperitas und captiones für den Schuldner, wenn er einem geriebenen Gläubiger in die Hände gefallen war. Man denke nur daran, daß das Pfand nach dieser Verfallabrede auch dann noch ganz verfiel, wenn der Schuldner nur noch mit einem kleinen Teil der Schuld im Verzug war. Um diesen Mißständen ein Ende zu bereiten, erließ Konstantin im Jahre 326 das Verbot der lex commissoria. Er bezweckte damit ausdrücklich, die asperitas und captiones treffen zu wollen. Der Pfandkauf, in dem das Pfand ebenfalls, aber ohne Nachteil für den Schuldner, verfiel, blieb weiterhin erlaubt. Man muß deshalb zu dem Schluß kommen, daß Konstantin nicht schlechthin jede lex commissoria verbieten wollte, sondern nur die eben erwähnte im Reichsrecht und in einigen Volksrechten noch vorkommende reine lex commissoria, die auch zum Verfall der etwa vorhandenen hyperocha führte. Daraus folgt, daß Konstantin nicht die fiducia verboten hat, bei der das jus distractionis ebenso wie beim Pfand die Regel geworden war. Verboten wurde nur die auch bei diesem Rechtsinstitut noch mögliche lex commissoria, die im Falle des Verzugs des Schuldners dem Gläubiger unbedingten Eigentumsanfall ohne Verrechnung der hyperocha gewährte. Aus der ratio des konstantinschen Verbots ist aber auch zu schließen, daß Konstantin das griechische Pfandrecht nicht zerstört hat[2]). Denn hier waren ja keine asperitas und keine captiones. Die schließlich in Griechenland gesetzlich vorgeschriebenen Nebenabreden über die Wahrung der Rechte des Schuldners auf eine eventuelle hyperocha verhinderten eine unbillige Benachteiligung des Pfandgebers.

Dieser Inhalt und diese Bedeutung des konstantinschen Verbots ist auch für die Auslegung des heutigen Rechts von großer Bedeutung; denn das Verbot der lex commissoria wurde im Mittelalter und in der Neuzeit beibehalten und auch in das BGB übernommen.

b) Das konstantinsche Verbot in den späteren Jahrhunderten bis zur Rezeption.

Zur Zeit der Glossatoren sind um das Verbot der lex commissoria größere Streitfragen wohl nicht behandelt worden[3]). In späterer Zeit

---

[1]) Manigk, Art. Pfandrecht; vgl. Cod. 8, 13, 13.

[2]) So Manigk, Art. Pfandrecht, a. A. Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht, S. 548 ff. Grundzüge, S. 130; Raape, Verfallklausel, S. 88, s. o. S. 11 (§ 2, Ib).

[3]) So Warnkönig, Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrecht, im Archiv f. d. civ. Pr., Band 24, S. 12.

formulierte Albericus de Rosate (gest. 1344) den Standpunkt der Wissenschaft folgendermaßen (zitiert nach Warnkönig, Bd. 24/13): Contrahitur pactum legis commissoriae

1. aut cum tertio, puta cum fideiussore — valet,
2. aut cum creditore principali
   a) aut pro iusto pretio — valet
   b) aut pro debito
      aa) ex intervallo — valet
      bb) initio — non valet.

An dieses Schema hielten sich die Gelehrten in ihren Untersuchungen, indem sie es teils bekämpften, teils anerkannten. Nach der Rezeption wurde aber eine andere Meinung herrschend (s. u. § 4).

§ 4.

III. Die Verfallklausel im germanischen Recht. Geschichtliche Entwicklung nach der Rezeption bis zum BGB.

a) Auch die germanischen Rechtsordnungen enthalten den Verfallvertrag.

Ebenso wie in den schon erwähnten alten Rechtsordnungen im Orient und in Italien war auch in den germanischen Rechten das Pfand in frühester Zeit Eigentumspfand[1]). Mit der Zeit entwickelte sich auch hier das Pfandrecht zu einem Recht an fremder Sache, indem die verpfändete Sache, im Gegensatz zu früher, im Eigentum des Schuldners verblieb. Diese Entwicklung nimmt ihren Ausgang von der sogenannten „Älteren Satzung", deren Anfänge bis in die fränkische Zeit hinaufreichen[2]). Bei dieser „Älteren Satzung" hatte der Schuldner jederzeit ein Einlösungsrecht, wenn es nicht, was oft geschah, von einem bestimmten Zeitpunkt an ausgeschlossen wurde[3]). Die „Ältere Satzung" wurde in diesen letzteren Fällen mit aufschiebend bedingter Übereignung verbunden. So entstand das Verfallpfand[4]). In den nordischen Rechten war das Pfand Verfallpfand in der Form der bedingten Übereignung[5]). In den übrigen germanischen Rechtsordnungen war dies bei Pfändern an Mobilien ebenso[6]), wäh-

[1]) Hübner, Grundz., S. 368.
[2]) Gierke, Dt. Pr. R., S. 812; Hübner, Grundz., S. 369 ff., Kohler, Pfandr. Forsch., S. 84 ff., S. 90 ff.
[3]) Gierke, Dt. Pr. R., S. 815.
[4]) vgl. Kohler, Pfandr. Forsch., S. 137.
[5]) v. Amira, Nordgerm. O. R., I, S. 205, 217, II, S. 223, 225.
[6]) Meibom, D. Dt. Pfandr., S. 332; Gierke, Dt. Pr. R., S. 959.

rend bei der Satzung von Immobilien, bei denen der Pfandnehmer regelmäßig das Gebrauchs- und Nutzungsrecht als Gegenwert für die Forderung erhielt, die Verfallabrede besonders vereinbart werden mußte, was aber oft geschah[1]). Eine Herauszahlung des Überschusses gab es bei der „Älteren Satzung" nicht[2]). Entsprechend der Natur der „Älteren Satzung", die eine Verfügungsbeschränkung des Verpfänders über das Pfand enthielt, war eine Nachverpfändung nicht möglich[3]). Dies änderte sich bei der „Jüngeren Satzung"[4]). Charakteristisch ist, daß bei der Befriedigung des Gläubigers durch Verwertung des Pfandes immer das Gericht mitwirkte, das im älteren Recht die Übereignung des Grundstücks an den Gläubiger aussprach[5]). Bei dem Fahrnispfand kam im 13. Jahrhundert das „Sich geloben zum Pfande" auf[6]), wobei der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen haftete. Die frühere reine Sachhaftung nur mit dem verpfändeten Gegenstand wurde damit beseitigt. Das Verfallpfand wurde jetzt notwendig zu einem Verkaufspfand; denn es mußte ja nun, da der Gläubiger seine Befriedigung aus dem ganzen Vermögen des Schuldners suchen konnte, ermittelt werden, ob der Wert dieses Pfandes (nämlich des ganzen Vermögens) größer oder geringer als der der gesicherten Forderung sei. Aber auch jetzt kam es noch zu einer Übereignung zum Schätzungswert, wenn der Verkauf zu keinem Erfolg führte[7]).

Verkaufspfand und Verfallpfand sind, das zeigen auch wieder die germanischen Rechte, keine sich notwendig ausschließenden Gegensätze; sie sind nebeneinander möglich, wenn die Rechte des Schuldners auf die Hyperocha gewahrt werden.

b) Die Einwirkung der Rezeption.

Mit der Rezeption wurde das römische Pfandrecht gemeines deutsches Recht[8]) Auch das Verbot der Verfallabrede wurde aufgenommen[9]).

Im vergangenen Jahrhundert war herrschende Meinung, daß die lex commissoria allgemein für nichtig zu halten sei[10]), auch wenn sie

[1]) Meibom, D. Dt. Pfandr., S. 346, Anm. 268.
[2]) Anders nach v. Amira, I, S. 217, die nord. Rechte bei versetzter Fahrnis; i. ü. vgl. Meibom a. a. O., S. 337.
[3]) Meibom a. a. O., S. 429; Gierke, Dt. Pr. R., S. 821.
[4]) Hübner, Grundz., S. 374.
[5]) Gierke a. a. O., S. 822; Hübner a. a. O., S. 375.
[6]) Hübner a. a O., S. 437.
[7]) Hübner a. a. O., S. 438.
[8]) Gierke, Dt. Pr. R., S. 826.
[9]) Hübner, Grundz., S. 444; Gierke, Dt. Pr. R., S. 835.
[10]) Glück, Pand., Band 14, S. 92; Vangerow, Pand. I, § 383, Anm. 1; Dernburg, Pfandr. II, S. 280; Warnkönig, Band 25, S. 78, 88.

dem Schuldner nicht nachteilig war. Diese Auffassung konnte nur entstehen auf Grund der Verkennung des konstantinschen Verbots, dem man eine solche allgemeinwirkende Kraft beilegte, während in Wirklichkeit Konstantin, wie gezeigt, nur die reine Verfallabrede des Reichsrechts und der Volksrechte verbieten wollte. Man unterschied im gemeinen Recht aber zwischen dem absoluten Verfall, der sowohl den Schuldner als auch den Gläubiger verpflichtete, und dem Verfallrecht des Gläubigers, bei dem nur der Schuldner gebunden war, der Gläubiger aber zwischen Pfandverkauf und Verfall wählen konnte. Nur den letzteren Fall subsumierte man unter den Begriff der lex commissoria, den ersten charakterisierte man als erlaubten, bedingten Kauf[1]).

Diese Einschränkung des Tatbestandes der lex commissoria ist nicht gerechtfertigt. Man war zu ihr gezwungen, um sich die Aufnahme von D 20, 1, 16, 9 in das Corpus juris durch Justinian zu erklären. Der Verfallgedanke ist in beiden Instituten lebendig, im letzteren aber in der Art, daß unbillige Vermögensnachteile für den Schuldner bei Verfall des Pfandes vermieden wurden. Deshalb, aus diesem inneren Grunde, blieb der Pfandkauf erlaubt, nicht weil hier die äußere Form des pignus vermieden wurde. Dernburg kommt mit seiner Konstruktion auch zu wenig befriedigenden Ergebnissen. Nach ihm ist der bedingte Pfandkauf immer erlaubt, auch wenn infolge eines niedrigen Kaufpreises der Schuldner Schaden erleidet; dagegen bleibt die nur den Schuldner bindende Verfallabrede auch dann verboten, wenn sie dem Schuldner unschädlich ist. Hält man diese Ansicht für richtig, wüßte der geriebene Gläubiger bald, was er zu tun hätte. Nach anderer Ansicht[2]) liegt dann, wenn der Kaufpreis ein nicht angemessener ist, eine „bemäntelte" lex commissoria vor, und der Vertrag ist demgemäß nichtig. Diese Ansicht führt zwar zu billigen Ergebnissen, die Begründung weist aber eine Inkonsequenz auf. Denn wenn man eine bemäntelte verbotene Verfallabrede nur dann feststellt, falls der Kaufpreis unangemessen ist, dann gibt man damit zu, daß die lex commissoria nur verboten ist, wenn sie dem Schuldner schädlich ist. Es wurde aber vorher ausdrücklich von den Vertretern der bekämpften Ansicht behauptet, daß jede lex commissoria beim Pfand für verboten zu halten sei. Leist deutet die zutreffende Ansicht an[3]), wenn er meint, Konstantin habe nur diejenigen Verfallabreden verbieten wollen, die für den Schuldner captiones und asperitas mit sich brächten. Legt man diese

[1]) Dernburg, Pfandr. II, S. 280; Vangerow, Pand. I, § 383; Kipp-Windscheid, Pand, § 283, Anm. 3; O. A. G. Dresden in Seuff. Arch. 3, Nr. 12.

[2]) O. A. G. Dresden in Seuff. Arch. 3, Nr. 12.

[3]) Sicherung von Forderungen, S. 71.

Ansicht zu Grunde, kann man mit Recht sagen, nur bei einem unangemessenen Kaufpreis wird bei dem durch die Nichtzahlung der Schuld bedingten Pfandkauf die verbotene lex commissoria umgangen; bei einem angemessenen Kaufpreis ist zwar auch im Ergebnis ein Verfallvertrag geschlossen, aber ein erlaubter.

In den Rechtsordnungen der Städte und Staaten des vorigen Jahrhunderts ist meist die lex commissoria verboten worden, ohne daß näher in den Formulierungen der Gesetze die erwähnten Streitfragen besonderen Ausdruck gefunden hätten. Einzig das preußische ALR zeigt den Einfluß der Wissenschaft; denn dieses enthält in den §§ 33—35 I 2 zunächst ein allgemeines Verbot der lex commissoria, dann eine Gültigkeitserklärung der unbedingten datio in solutum nach dem Verfalltage und schließlich ein besonderes Verbot der lex commissoria zu Gunsten des in Anspruch genommenen Bürgen.

2. TEIL.

Die Verfallklausel im geltenden Pfandrecht.

§ 5.

I. Entstehungsgeschichte der §§ 1149, 1229 BGB.

In den meisten neueren Gesetzgebungen, die zur Zeit der Entstehung des BGB in Deutschland Geltung hatten, war die Verfallabrede verboten[1]) (s. o. § 4 a. E.). An diesem Zustand wurde auch von den Verfassern des BGB nichts geändert, die, auch im Anschluß an das römische Recht, die rechtspolitischen Erwägungen anstellten, daß die Verfallklausel als ein Mittel zur Bedrückung der unvorsichtigen oder in einer Notlage befindlichen Schuldner verboten werden müsse[2]). Wohl unter dem Einfluß der von Dernburg (s. vor. Paragraph) vertretenen Ansicht sollte im § 1229 BGB jede Verfallklausel verboten werden, auch wenn durch besondere Abreden oder durch die besondere Lage des einzelnen Falls eine Schädigung des Pfandschuldners vermieden würde, z. B. wenn der Verfall zum Börsen- oder Marktpreise verabredet sei. Es wird zwar zugegeben, daß in diesem Falle, den die Motive (a. a. O.) ausdrücklich hervorheben, der Schuldner minder gefährdet sei, doch sei keineswegs die Gefahr gänzlich beseitigt. Es mag füglich bezweifelt werden, ob diese Begründung durchschlagend ist. Ein tieferes Eindringen in die Gründe,

[1]) Preuß. A. L .R., § 33 I, 20; Bayr. L. R. II, 6, § 18; code civil, arg. Art. 2078; Sächs. G. B., § 383; Österr. G. B., § 1371.

[2]) Mot. 3, 820.

die für und wider diesen Standpunkt sprechen, hat nicht stattgefunden. Und es ist keineswegs Raape zu folgen, der [1]) den Standpunkt der Motive auch für den des Gesetzes hält, weil eben die Motive maßgebend sein sollen. Die Auslegung des geltenden Rechts ist nicht notwendig in den Grenzen zu suchen, die die Vorarbeiten zu den Gesetzen anzugeben scheinen; der nach mancherlei Beratungen schließlich als verbindlich formulierte Rechtssatz ist jeder Auslegung fähig, die den allgemeinen, in der Einleitung aufgestellten Grundsätzen entspricht. Es wird im Folgenden der Nachweis versucht, daß die nach diesen Regeln gefundene Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB zu einem der Ansicht der Motive entgegengesetzten Ergebnis führt.

II. Die Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB.

§ 6.

a) Zweck und Inhalt des Verbots der Verfallabrede.

Der Zweck des Verbots der Verfallabrede beim Pfandvertrag ist nicht schwer zu finden: der Schuldner soll gegen einen skrupellosen Gläubiger geschützt werden. Die Möglichkeit, daß der nur auf seinen Vorteil bedachte reiche Geldgeber den infolge einer schwierigen Geldlage von ihm abhängigen Schuldner ausbeutet, liegt sehr nahe. Um unlauteren Machenschaften vorzubeugen, sind in der Rechtsordnung eine Reihe Vorschriften erlassen worden, die dem Schutze des Pfandgebers dienen. So ist in den §§ 1233 ff. BGB die Pfandverwertung durch Veräußerung des Pfandes genau geregelt. Eine notwendige Ergänzung dieser Vorschriften ist das Verbot der Verfallabrede; denn ließe man den Verfallvertrag zu, wäre eine Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen für die Pfandverwertung durch die Verabredung eines solchen Verfallvertrags einfach. Bei der Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB ist also zu beachten, daß der Zweck, nämlich der Schutz des Pfandgebers, erreicht wird. Sowohl Auslegungen, die diesen Zweck vereiteln, als auch solche, die Maßregeln empfehlen, die über diesen Zweck hinausgehen, sind zu vermeiden.

Das Verbot im § 1229 BGB erstreckt sich auf die dingliche und obligatorische Verfallabrede. Unzweideutig geht das aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. Die Notwendigkeit, beide Verfallabreden zu verbieten, liegt so klar auf der Hand, daß weitere Ausführungen darüber überflüssig sind. Im § 1149 BGB war eine Erwähnung der dinglichen Verfallabrede nicht angebracht, da ein solcher unmittel-

[1]) Verfallklausel, S. 28.

barer Verfall des Eigentums an Grundstücken schon infolge der geltenden Grundbuchgesetzgebung nicht stattfinden kann, dann aber auch deshalb unmöglich ist, weil eine Erweiterung der im § 1113 BGB festgelegten Rechtswirkungen einer Hypothek als eines Sachenrechts durch Parteivereinbarungen nicht möglich ist.

Der Verfall des Pfandgegenstandes kann so vereinbart sein, daß dem Gläubiger das Eigentum bei Nichtzahlung an Zahlungsstatt zufallen soll, und zwar ohne Rücksicht auf einen später etwa entgegenstehenden Willen des Gläubigers, oder so, daß der Gläubiger zwischen Verfall und Verkauf des Pfandes wählen kann, also nur das Recht auf Verfall hat. Im ersten Falle sind beide, Gläubiger und Schuldner, gebunden, im zweiten Falle steht der Gläubiger freier, also der Pfandschuldner schlechter. Nach der im gemeinen Recht herrschenden Meinung[1]) wurde deshalb, wie schon gezeigt (s. o. § 4), nur die letztere, für den Schuldner nachteiligere Abrede als verbotene lex commissoria angesehen. Dieser Standpunkt ist mit Recht vom BGB aufgegeben worden. Für die Frage, ob die Verfallabrede dem Pfandschuldner schädlich ist und deshalb verboten werden muß, ist der Umstand, ob der Verfall nur auf eine Erklärung des Gläubigers hin oder ohne eine solche eintritt, von untergeordneter Bedeutung. Der Wortlaut des § 1229 BGB umfaßt beide Tatbestände. Die abweichende Fassung des § 1149 BGB rechtfertigt nicht eine andere Auslegung. Die ratio ist in beiden Fällen die gleiche; es wäre durch nichts zu erklären, wollte man im Hypothekenrecht den Inhalt der Verfallabrede nach anderen Regeln bestimmen als im Pfandrecht für bewegliche Sachen[2]).

Diese im gemeinen Recht nicht entschiedene Streitfrage ist also durch die Vorschriften des BGB endgültig beantwortet. Es wird sich aber zeigen, daß bei der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der verbotenen Verfallabrede noch manche andere Zweifel auftauchen, die zu einer eingehenden Untersuchung Veranlassung geben.

b) Die Tatbestandsmerkmale der verbotenen Verfallabrede.

§ 7.

1. Die Bedingung der Nichtzahlung.

Der Verfallvertrag beim Pfand enthält eine Bedingung: der Eigentumsanfall an den Pfandgläubiger wird verabredet für den Fall,

---

[1]) Dernburg, Pfandr. II, § 122 ff.; Vangerow, Pand. I, § 383, Anm. 2.

[2]) Ebenso Raape, Verfallklausel, S. 11.

daß der Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig zahlt. Wissenschaft[1]) und Rechtsprechung[2]) sehen in dieser Bedingung den Umstand, der die beim Verfallvertrag eigentümliche Gefahr für den Schuldner heraufbeschwört, und der deshalb, wie auch immer diese Bedingung verabredet sein mag, für den Tatbestand der verbotenen Verfallabrede charakteristisch ist. Konsequenterweise wird deshalb jede Abrede im Pfandrecht, die den Eigentumsanfall des Pfandgegenstandes an den Gläubiger für den Fall der Säumnis des Schuldners zum Inhalt hat, für verboten gehalten, auch wenn im Einzelfall ein unbilliger Vermögensschaden für den Pfandgeber nicht zu fürchten ist. So ist z. B. nach der weitaus überwiegenden Ansicht in Wissenschaft und Praxis[3]) der Verfallvertrag zum Börsenpreis bei börsengängigen Wertpapieren verboten, ebenso eine Verfallabrede, bei der sich der Gläubiger verpflichtet, den Mehrwert des Pfandes gegenüber der Forderung an den Schuldner herauszugeben[4]).

Umgekehrt ist der Tatbestand der verbotenen Verfallabrede zu verneinen, wenn das Eigentum an der Pfandsache dem Gläubiger unabhängig von der Nichtzahlung des Schuldners zufallen kann, mögen auch andere Voraussetzungen als gerade diese für den Eigentumsanfall von den Parteien verabredet sein. Im Schuldrecht herrscht der Grundsatz der Inhaltsfreiheit für Verträge. Den Abmachungen der Parteien werden nur durch das Gesetz Grenzen gezogen. Soweit nicht § 138 BGB oder § 1229 BGB verletzt sind, sind Verträge über den Pfandgegenstand erlaubt und rechtlich bindend. Deshalb ist z. B. ein Vertrag für gültig zu halten, gemäß dem A von B jederzeit eine Sache zu einem bestimmten Preis erwerben kann, auch wenn diese Sache gleichzeitig dem A von dem B als Pfand zur Sicherung einer Forderung, die der A an den B hat, gegeben ist. Es kann sogar dabei verabredet sein, daß mit Ausübung des Kaufrechts die Forderung erlöschen soll. Denn in diesem Falle wird ja nicht der Eigentumsanfall abhängig gemacht von der Nichtzahlung der Schuld, nein, das Eigentum geht über auf Grund eines Kaufvertrags, den im gegebenen Falle A jederzeit durch eine einseitige Erklärung schließen kann, der dann aber gleichzeitig die Wirkung hat, daß die Forderung des A an den B erlischt[5]). Ebenso ist ein Vertrag für gültig zu halten,

[1]) Raape, Verfallklausel, S. 13.

[2]) RGR Komm., § 1229, Anm. 1.

[3]) Raape, Verfallklausel, S. 29; Wolff, Sachenrecht, § 105 I, 4; Mot. 3, 821; Staudinger, Komm., § 1229, Anm. 2; Planck, Komm. § 1229, Anm. 1; RGR, Komm., § 1229, Anm. 1.

[4]) Siehe d. in d. vor. Anm. gen.; ferner RG 92, 101; OLG Dresden in Sächs. Arch. 28, 283.

[5]) RG in Warn. 1926, Nr. 153; RG 92, 103 u. 104; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht II, § 122, S. 95, Biermann, Sachenrecht, § 1149, Anm. 2b; Staudinger, Komm., § 1149, Anm. 1a, aa; Raape, Verfallklausel, S. 14; unklar Goldmann-Lilienthal, Das BGB II, § 76, Anm. 5.

in dem der Gläubiger die Befugnis erhält, jederzeit die Pfandsache freihändig zu veräußern und sich aus dem Erlös für seine Forderung bezahlt zu machen. In allen diesen Fällen ist der Eigentumsanfall der Pfandsache an den Gläubiger unabhängig von der Zahlung des Schuldners. Es fehlt die „Bedingung der Nichtzahlung". Damit wird dann aber auch das Vorliegen einer Gefahr für den Schuldner verneint, der Tatbestand der verbotenen Verfallabrede ist nicht gegeben. Solche Verträge werden demnach für gültig gehaten[1]).

Hinsichtlich der Frage, ob angesichts der vorstehenden Ausführungen in der Bedingung der Nichtzahlung tatsächlich die Gefahrenquelle für den Pfandschuldner liegt, ist der Ansicht zuzustimmen, daß die Verträge, in denen der Eigentumsanfall der Pfandsache unabhängig von der Bedingung der Nichtzahlung geschieht, für gültig zu halten sind. § 1229 BGB ist nicht anwendbar, da seine Voraussetzungen nicht gegeben sind. Damit ist nun aber noch nicht erwiesen, daß dem Pfandgeber kein unbilliger Vermögensschaden aus diesen rechtlich einwandfreien Verträgen erwachsen kann. Es haben allerdings die Fälle auszuscheiden, in denen § 138 BGB Platz greift. Aber es bleiben noch viele Möglichkeiten, die zwar nicht „Wucher" sind oder einen „Verstoß gegen die guten Sitten" enthalten, aber doch den Pfandgeber empfindlich in seinem Vermögen treffen können. Obwohl also in diesen Fällen die Bedingung der Nichtzahlung fehlt, besteht eine Gefahr für den Schuldner, einen Vermögensschaden zu erleiden.

Umgekehrt läßt sich ein Nachteil für den Pfandgeber nicht feststellen, wenn der Verfall des Pfandes z. B. bei börsengängigen Wertpapieren zum Börsenpreis unter der Bedingung der Nichtzahlung der Schuld verabredet ist.

Es ergibt sich also, daß in der Bedingung der Nichtzahlung der Schuld nicht immer die Gefahrenquelle für den Pfandgeber liegt. Denn es wurde gezeigt, daß einerseits eine unbedingte Abrede des Eigentumsanfalls gefahrbringend sein kann, andererseits nicht notwendig in der durch Nichtzahlung bedingten Verfallabrede eine Gefahr für den Pfandgeber liegt. Gefährlich ist diese Verfallabrede nur, wenn zwischen dem Pfandgeber und dem Gläubiger keine Vereinbarung über die Erstattung des eventuellen Mehrwerts der Pfandsache über die zu sichernde Forderung getroffen ist. In diesem letzteren Falle liegt die Möglichkeit sehr nahe, daß dem Pfandgeber ein unbilliger Vermögensschaden erwächst, in diesem letzteren Falle rechtfertigt es sich, die Verfallabrede im Pfandrecht zu verbieten.

---

[1]) Raape, Verfallklausel, S. 13 ff.

Es ist also im Ergebnis die Ansicht zurückzuweisen, die in der Bedingung der Nichtzahlung bei der Verfallabrede die Gefahrenquelle sieht, die durch das Verbot beseitigt werden soll. Der Nachweis, daß bei jeder durch Nichtzahlung der Schuld bedingten Verfallabrede dem Pfandgeber Schaden drohe, ist nicht zu erbringen. Die Verhütung eines solchen Schadens ist aber der Zweck der §§ 1229, 1149 BGB, und zwar der einzige Zweck dieser Paragraphen. Wenn Raape[1]) darauf hinweist, daß der Pfandgeber bei der durch Nichtzahlung bedingten Verfallabrede hoffe, den Eintritt der Bedingung zu vereiteln und deshalb in die Verfallabrede einwillige, diese Hoffnung aber oft wider alles Erwarten getäuscht werde und dann dem Pfandgeber durch den Verfall ein Schaden entstehe, so ist das richtig. Unzutreffend ist aber die Folgerung, die Raape zieht: daß der Eigentumsverlust in jedem Falle einen unbilligen und nicht erwarteten Schaden für den Schuldner bedeute. Auch der Schuldner, der ohne Vereinbarung des Verfalls ein Pfand gibt, läuft Gefahr, das Eigentum an der zum Pfand gegebenen Sache zu verlieren; auch dieser Schuldner wird ebensosehr wie jeder andere hoffen, daß er rechtzeitig zahlen kann und ein Verkauf des Pfandes vermieden wird. Es geht also nicht an, den Verlust des Eigentums oder die vereitelte Hoffnung, das Eigentum zu behalten, als schädlich zu betrachten. Es liegt eben im Wesen des Pfandrechts, daß der Gläubiger bei Säumnis des Schuldners die Pfandsache verwerten darf, wobei in der Regel der Schuldner des Eigentums an der Pfandsache verlustig gehen wird. Kann also der Pfandgeber nicht davor bewahrt bleiben, unter Umständen die Pfandsache zu verlieren, so kann er doch mit Recht verlangen, daß er durch die Rechtsordnung vor unbilligem Vermögensschaden geschützt wird. Deshalb schießt es über das Ziel hinaus, die §§ 1229, 1149 BGB so auszulegen, daß darin der durch Nichtzahlung der Schuld bedingte Eigentumsverlust der zum Pfand gegebenen Sache verhindert werden soll. Zutreffend ist die Auslegung, die dazu führt, einen für den Pfandgeber mit unbilligem Vermögensschaden verbundenen Eigentumsverlust zu verbieten. Zu dieser Auslegung führt sowohl der Sinn der §§ 1229, 1149 BGB — denn der notwendige Schutz des Schuldners wird damit erreicht — als auch die Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung. Denn, wie schon dargetan, Konstantin wollte mit seinem Verbot nur diejenige lex commissoria treffen, die für den Schuldner asperitas und captiones mit sich brachte. Dies wird von der heutigen Auslegung übersehen. Die Überlegungen, die Konstantin veranlassten, die lex commissoria zu verbieten, sind im übrigen auch heute noch zutreffend und deshalb beachtlich.

[1]) Verfallklausel, S. 12 ff.

Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß auch die Rechtsvergleichung mit babylonischem und griechischem Recht zu der hier empfohlenen Auslegung führt. Wenn es auch falsch wäre, allein aus dieser Geschichtsbetrachtung heraus die Auslegung der §§ 1229, 1149 BGB zu bestimmen, so sollten doch die Gedanken der alten Gesetzgeber auch heute noch zu fruchtbaren und, wie sich für den Fall dieser Untersuchung zeigt, auch praktisch brauchbaren Überlegungen anregen.

§ 8.

2. Der Befriedigungszweck.

Zum Tatbestand der verbotenen Verfallabrede beim Pfandrecht gehört weiterhin der Befriedigungszweck, den die Parteien beim Verfall beabsichtigen. Im § 1149 BGB ist der Befriedigungszweck ausdrücklich erwähnt; er ist aber auch in der durch § 1229 BGB verbotenen Verfallabrede enthalten[1]). Der Umstand, daß der Verfall unter der Bedingung der Nichtzahlung der gesicherten Forderung eintreten soll, weist darauf hin, daß mit dem Eigentumsanfall von den Parteien Befriedigung bezweckt ist.

Am klarsten liegt der Befriedigungszweck zutage, wenn der Verfall des Pfandes bei Nichtzahlung der Schuld schlechthin ausbedungen ist. Das Pfand wird dann Ersatzleistung. Schwieriger wird es schon, den Befriedigungszweck festzustellen, wenn für die Pfandsache bereits im Pfandvertrag ein bestimmter Preis angegeben ist, zu dem sie verfallen soll, oder wenn bei dem Verfall der Wert der Pfandsache abgeschätzt und der Überschuß über den Wert der gesicherten Forderung herausgegeben werden soll. Es liegt nahe, in diesen Fällen den Befriedigungszweck zu verneinen und einen Umsatzzweck anzunehmen, da ja die Parteien eine Vermögensverschiebung zu einem festgesetzten oder noch festzusetzenden Preis beabsichtigen. Allein dieser Schluß ist nicht zutreffend. Mag auch ein fester Preis vereinbart sein, zu dem die Pfandsache verfallen soll, letzten Endes geschieht dieser Verfall auch zum Zwecke der Befriedigung. Die Abhängigkeit von der Bedingung der Nichtzahlung der Schuld beweist das allzu deutlich. Es geht nicht an, einen solchen Verfallvertrag zum festen oder abzuschätzenden Preis als bedingten Kauf zu konstruieren; das hieße Formalismus treiben auf Kosten der wahren wirtschaftlichen Vorgänge. Fast allgemein wird auch heute in Wissenschaft und Rechtsprechung der Befriedigungszweck in dem geschil-

[1]) Raape, Verfallklausel, S. 15.

derten Falle bejaht[1]). In diesem Punkte ist der herrschenden Meinung unbedenklich zuzustimmen. Zu einem Fehlschluß kommt aber die herrschende Meinung, wenn sie auf Grund des Vorliegens des Befriedigungszwecks auch den Tatbestand der in den §§ 1229, 1149 BGB verbotenen Verfallabrede ohne weiteres bejaht. Eine Begründung fehlt entweder[2]) oder ist nicht überzeugend[3]). Das OLG Dresden stellt in dem Rechtsstreit, der zur Entscheidung kam, lediglich fest, daß ein Befriedigungszweck zu bejahen und deshalb die streitige Abrede für ungültig zu erklären sei. Auf die ratio des § 1149 BGB wird nicht eingegangen. Vielleicht geschah das mit Absicht, um größeren Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen; denn der streitige Vertrag war mit solchen Kautelen für den Schuldner versehen, daß eine unbillige Vermögensschädigung ausgeschlossen war. Bei einer Zwangsversteigerung ist die Lage des Schuldners sicherlich eine ungünstigere gewesen. Raape[4]) meint, daß eine Gewähr für die richtige Berechnung des Mehrwertes fehle und deshalb dem Schuldner doch Schaden drohe. (Das Beispiel des OLG Dresden beweist das Gegenteil.) Er verweist auf den Standpunkt der Motive (3, 821), wo es heißt: „Es ist soweit zu gehen, daß die lex commissoria bei dem Pfandvertrage an sich ohne Rücksicht auf die besondere Gestaltung des Falles von der Nichtigkeit betroffen wird" und konstruiert ein „absolutes Prinzip des Pfandverkaufs"[5]). Diese Ansicht ist nicht überzeugend. Es ist keine ausreichende Begründung, einen Vertrag um deswillen zu verbieten, weil er u. U. dem einen Vertragsgegner nachteilig sein kann, während er in vielen Fällen beiden Parteien Vorteile bietet. Eine sinngemäße Auslegung, zu der auch wieder die Betrachtung der Geschichte den Weg weist, führt dahin, den Tatbestand der in den §§ 1229, 1149 BGB verbotenen Verfallabrede nur dann zu bejahen, wenn dem Schuldner unbilliger Schaden droht. Diesen verursacht aber nicht notwendig und in jedem Falle der Befriedigungszweck. Ein Schaden droht dem Schuldner nur, wenn die Pfandsache wertvoller als die gesicherte Forderung ist und bei der Befriedigung des Gläubigers diese Wertverschiedenheit zu Ungunsten des Schuldners nicht berücksichtigt wird. Deshalb ist eine Verfallabrede für gültig

[1]) RG 92, 101; RGR, Komm., § 1149, Anm. 1; OLG Dresden in Sächs. Arch. 1928, S. 283; Raape, Verfallklausel, S. 16; Planck, Komm., § 1149, Anm. 2; Staudinger, Komm., § 1149, Anm. 1a α; Biermann, Sachenrecht, § 1149, Anm. 2a; abw. aber Wittmaack im „Recht", 1906, S. 470 ff. unter Berufung auf die vor Inkrafttreten des BGB ergangene Entscheidung in Seuff. Arch. 3, Nr. 12.

[2]) So OLG Dresden a. a. O.

[3]) z. B. Raape, Verfallklausel, S. 16 ff.

[4]) Verfallklausel, S. 17, 18 ff.

[5]) Verfallklausel, S. 29.

zu halten, die zwar Befriedigung des Gläubigers zur Folge hat, daneben aber die Rechte des Schuldners auf einen Wertausgleich zwischen Pfand und Forderung sicherstellt. Es liegt dann zwar auch ein Verfallvertrag vor, aber ein erlaubter; die ratio des Verbots greift nicht Platz.

Gehört der Befriedigungszweck zum Tatbestand der Verfallabrede, so folgt daraus, daß beim Fehlen dieses Merkmals eine verbotene Verfallabrede nicht vorliegt. Es ist deshalb ein ernstlich gemeinter Verkauf, bei dem sich der Verkäufer ein an eine Frist gebundenes Rückkaufsrecht vorbehält, erlaubt und gültig[1]). Der Verkäufer leistet in diesem Falle erfüllungshalber; es wird ein Vermögensgegenstand umgesetzt. Diesem Umsatzzweck, nicht aber zur Befriedigung einer außerhalb des Kaufvertrags bestehenden Forderung des Käufers an den Verkäufer dient die Eigentumsübertragung. Es ist zuzugeben, daß damit das Verbot der Verfallabrede umgangen werden kann. Eine grundsätzliche analoge Anwendung der §§ 1229, 1149 BGB ist aber nicht anzuerkennen. Das im Sachenrecht beim Pfandvertrag ausgesprochene Verbot der Verfallabrede rechtfertigt nicht eine Anwendung dieser Verbotsnorm auf schuldrechtliche Verträge, wenn diese auch im Endziel den beim Pfandvertrag von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg herbeiführen. Schuldrechtlichen Verträgen können die Parteien jeden Inhalt geben, es sei denn, daß ein besonderes Verbotsgesetz, z. B. § 138 BGB, Anwendung fände. So wird man einen Verkauf mit befristetem Rückkaufsrecht dann nach § 138 BGB für ungültig halten müssen, wenn nur eine Umgehung der §§ 1229, 1149 BGB von den Parteien bezweckt ist[2]). Aber es ist (wohl anders Raape und Planck) eine Umgehung des Verbots der Verfallabrede nur dann anzunehmen, wenn der Vertrag für den Verkäufer (= Schuldner) einen unbilligen Vermögensnachteil mit sich bringt, nicht schon dann[3]), wenn der Verkäufer nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht hat, auf Verlangen des Käufers den Kauf rückgängig zu machen. Gerade in Verträgen dieser Art wird eine Benachteiligung des Verkäufers (Schuldners) in der Regel nicht enthalten sein; denn, ist der Kaufpreis unverhältnismäßig niedrig, für den Verkäufer (Schuldner) also unvorteilhaft, für den Käufer aber günstig, wird der Käufer (Gläubiger) kein Interesse daran haben, den Verkäufer in rechtlich bindender Weise zu verpflichten, auf eine Erklärung des Käufers hin von diesem Vertrage zurückzutreten. Das Bestehen einer Rückkaufspflicht für den Verkäufer begründet also

[1]) vgl. RG 62, 127; 79, 362.
[2]) Ebenso Raape, Verfallklausel, S. 70 ff; Planck, Komm., § 1229, Anm. 4,
[3]) Wie Raape a. a. O, S. 71 meint.

die Vermutung, daß der Kaufvertrag mit Nebenabreden geschlossen ist, die den Interessen beider Parteien gerecht werden. Ein unbilliger Vermögensschaden dürfte dem Verkäufer gerade in diesen Fällen nur selten drohen. Da nun nach der hier vertretenen Ansicht das Verbot der Verfallabrede beim Pfandvertrag in diesen Fälle nicht anzuwenden wäre, besteht keine Veranlassung, in jedem Verkauf mit Rückkaufsrecht und -pflicht des Verkäufers eine Umgehung dieses Verbots zu sehen.

Gültig ist auch ein Vertrag, in dem sich der Verkäufer eines Grundstücks ein Rücktrittsrecht für den Fall des Zahlungsverzugs des Käufers vorbehält[1]). Der Käufer ist dann obligatorisch verpflichtet, die Rückauflassung zu bewilligen. In diesem Falle dient die Eigentumsübertragung nicht der Befriedigung der Kaufpreisforderung des Verkäufers, sondern sie ist eine Folge des Verzichts des Verkäufers auf diese Forderung[2]).

Die Gültigkeit der Sicherungsübereignung ist heute allgemein anerkannt. Es fehlt auch hier der Befriedigungszweck, die Parteien beabsichtigen nur die Sicherung der Befriedigung. Auch wenn der Gläubiger unter der Bedingung der Nichtzahlung des Schuldners Eigentum erhält, dient dieses noch immer nicht zu seiner Befriedigung. Diese soll er aus der für den Fall der Nichtzahlung des Schuldners übereigneten Sache suchen; auch in diesem Falle wird also die Forderung des Sicherungsnehmers zunächst nur gesichert. In der Sicherungsübereignung allein liegt also kein verbotener Verfallvertrag, da der Befriedigungszweck fehlt; ob ein endgültiger Verfall des Eigentums für den Fall der Nchtzahlung der Schuld verabredet werden kann, darüber ist später zu handeln (s. unten § 12).

§ 9.

3. Nur die vor Fälligkeit der gesicherten Forderung vereinbarte Verfallabrede ist verboten.

Der vor Fälligkeit der gesicherten Forderung vereinbarte Verfallvertrag beim Pfand ist verboten. Daraus folgt, daß sowohl die bei Abschluß des Pfandvertrags kontrahierte Verfallabrede als auch die spätei aber noch vor der Pfandreife eingegangene ungültig ist. Im gemeinen Recht war man früher anderer Ansicht, ist aber bald zu der heute anerkannten übergegangen[3]). Der Standpunkt des geltenden Rechts ist zu billigen. Der Schuldner bleibt immer schutzbedürftig. Der Gläubiger ist oft vermöge seiner finanziellen Macht-

[1]) vgl. Mot. 3, 681.

[2]) ebenso Raape, Verfallklausel, S. 23; Planck, Komm., § 1229, Anm. 1b.

[3]) Warnkönig, Arch. Civ. Pr., Band 25, S. 78 ff.

stellung auch noch nach Abschluß des Pfandvertrags in der Lage, den Schuldner zu einem diesem ungünstigen Verfallvertrag zu zwingen. z. B., indem er ihm ein weiteres Darlehen in Aussicht stellt, das der Schuldner vielleicht bitter nötig hat, das der Gläubiger aber nur geben will, wenn der Schuldner in die Verfallabrede bezüglich des zuerst gegebenen Pfandes einwilligt. Oft wird aber gerade dann, wenn der Verfallvertrag nach der Pfandbestellung vereinbart wird, der Schuldner nicht ungünstig abschneiden, weil er ja das geforderte Darlehen schon erhalten hat und nicht mehr jede gewünschte Bedingung des Geldgebers anzunehmen braucht. Vielleicht ist dann sogar den Interessen beider Parteien gedient, wenn sie den Verfall des Pfandes vereinbaren: der Gläubiger vermeidet den ihm lästigen Pfandverkauf im Wege der Versteigerung, der Schuldner spart die hierbei entstehenden Kosten. Da ein Zwang zum Abschluß des Vertrags für keine Partei besteht, sind beide in der Lage, ihre Rechte genügend zu wahren. An diesem Beispiel zeigt sich, daß die hier empfohlene Auslegung der §§ 1229, 1149 BGB zu angemessenen und den Erfordernissen eines entwickelten Verkehrs angepaßten Ergebnissen führt und im Kreditverkehr eine oft erwünschte Vereinfachung der endgültigen Regelung schwebender Schuldverhältnisse bringt.

Sobald die Forderung fällig geworden ist, können die Parteien verabreden, daß das Pfand dem Gläubiger für die Forderung zufallen soll. Es liegt dann eine unbedingte Leistung an Erfüllungsstatt vor; von einem Verfall, bedingt durch die Nichtzahlung der Schuld, ist nicht mehr die Rede. Ein Schutz des Schuldners in diesem Stadium ist auch nicht mehr notwendig. Es steht ihm ja frei, auch die Versteigerung des Pfandes zu verlangen. Wenn der Gläubiger ihm die Möglichkeit gibt, diese oder den Verfall zu wählen, wird er sich für das entscheiden, was für ihn das vorteilhafteste ist.

Es ist Raape zuzustimmen, der darauf hinweist[1]), daß schon bei teilweiser Fälligkeit der gesicherten Forderung der Verfall wegen der ganzen Forderung verabredet werden kann[2]). Aus § 1228 BGB läßt sich dieser Schluß begründen. Hier wird bestimmt, daß schon bei teilweiser Fälligkeit der Forderung der Gläubiger zum Verkauf berechtigt ist; dann muß aber auch der Schuldner für befugt zu halten sein, das Pfand an Erfüllungsstatt anzubieten. Der Standpunkt des Gesetzes ist gerechtfertigt. Es hieße dem Gläubiger große Nachteile auferlegen, wollte man ihn zwingen, mit der Verwertung des Pfandes bis zur Fälligkeit der ganzen Forderung zu warten. Dernburg[3]) hat

[1]) Verfallklausel, S. 37.
[2]) ebenso Planck, Komm., § 1229, Anm. 1a.
[3]) Das bürgerliche Recht, Band 3, § 234.

darauf hingewiesen, daß hier eine Umgehung des Verbots möglich ist, wenn nämlich eine kleine Rate der Schuld für sofort fällig erklärt wird. In solchen Fällen ist es Aufgabe des Richters, einer Gesetzesumgehung entgegenzutreten. Es sei auch hier wieder darauf hingewiesen, daß nur die dem Schuldner schädlichen Verfallabreden für verboten zu halten sind. Werden also bei dem von Dernburg erwähnten Fall die Rechte des Schuldners auf einen Wertausgleich zwischen Pfand und gesicherter Forderung gewahrt oder sind Pfand und gesicherte Forderung gleichwertig, liegt eine Umgehung des § 1229 BGB nicht vor; er käme ja nie zur Anwendung.

§ 10.

c) Ergebnis der bisherigen Untersuchungen. Wirkung des Verbots.

1. Die herrschende Meinung ist abzulehnen.

Aus den bis jetzt angestellten Untersuchungen läßt sich der Schluß ziehen, daß die herrschende Meinung in der Auslegung der §§ 1229. 1149 BGB nicht zutreffend ist. Die unrichtige Auffassung über die Natur des konstantinschen Verbots der lex commissoria, daß nämlich Konstantin jede lex commissoria verboten habe, auch die des griechischen Ostens, die nicht zum Verfall der hyperocha führte. brachte es dahin, den Verfallvertrag als an sich gefährlich verbieten zu wollen. Es wurde im ersten Teil dieser Arbeit gezeigt, daß nach zutreffender Ansich Konstantin nur diejenigen leges commissoriae verboten hat, bei denen captiones und asperitas dem Schuldner drohten. Er stellte nicht etwa ein „absolutes Prinzip des Pfandverkaufs" auf[1]) und dieses dem des Verfallpfandes gegenüber, beide als einander sich ausschließende Gegensätze bezeichnend. Babylonisches, griechisches und germanisches Recht zeigen deutlich, daß Verkaufspfand und Verfallpfand nebeneinander bestehen können. Es ist zweckmäßig, die Gedanken der alten Gesetzgeber auch heute nachzudenken. Für die Auslegung gerade der Vorschriften über das so alte Rechtsinstitut des Pfandes können hier wertvolle Hinweise gewonnen werden.

Das Ergebnis einer solchen Geschichtsbetrachtung läßt sich dahin zusammenfassen, daß die heute allgemein anerkannte Auslegung des Verbots der Verfallabrede nicht haltbar ist. Es wurde an den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des verbotenen Verfallvertrages dargelegt, daß die unbegründete, durch das Mißverstehen des konstantin-

[1]) Dieses tut Raape, Verfallklausel, S. 29, für das geltende Recht, s. o. S. 24.

schen Verbots der lex commissoria hervorgerufene Ansicht der Motive, die maßgebend für alle bisher gemachten Auslegungsversuche war, einer eingehenden Kritik nicht standhält. Es ergab sich vielmehr, daß in den §§ 1229, 1149 BGB nur diejenige Verfallabrede verboten sein kann, die, wenn das Pfand wertvoller als die gesicherte Forderung ist, auch zum Verfall des Mehrwerts führt. Nur diese bringt für den Schuldner einen unbilligen Vermögensschaden mit sich, eine captio und asperitas in Sinne Konstantins[1]). Gültig ist deshalb bei börsengängigen Wertpapieren eine Verfallabrede zum Börsenpreis, gültig aber auch z. B. der Verfallvertrag, den das OLG Dresden[2]) nur wegen Vorliegens des Befriedigungszweckes für ungültig erklärte.

Für das Hypothekenrecht ist zu beachten, daß — es wurde schon darauf hingewiesen — eine dingliche Wirkung mit der Verfallabrede nicht hervorgerufen werden kann. Dem steht entgegen, daß eine Erweiterung der einzelnen Sachenrechte durch Parteivereinbarungen nur möglich ist, soweit sie das Gesetz gestatt[3]). Der Inhalt der Hypothek ist aber durch § 1113 BGB fest bestimmt; sie kann deshalb nicht den unmittelbaren Eigentumsübergang des Grundstücks vom Schuldner auf den Gläubiger bei Fälligkeit der Forderung bewirken. Wohl aber ist eine obligatorische Verpflichtung des Schuldners, das Eigentum an dem Grundstück bei Nichtzahlung der Schuld dem Gläubiger zwecks Befriedigung zu übertragen, für gültig zu halten, wenn, es sei noch einmal auf den Fall, den das OLG Dresden zu entscheiden hatte, verwiesen, die Rechte des Schuldners auf den Überschuß des Wertes des Pfandsache über den der Forderung gewahrt sind oder Wertgleichheit zwischen beiden besteht.

2. Die Folgen der Verbindung der verbotenen Verfallabrede mit einem Pfandvertrag.

Die Nichtigkeit der dem Schuldner schädlichen und durch die §§1229, 1149 BGB verbotenen Verfallabrede ist von Amtswegen zu beachten. Das Verbot wäre seiner Wirkung beraubt, stünde es im Belieben der Parteien, den Prozeßrichter dadurch zur Nichtachtung der §§ 1229, 1149 BGB zu zwingen, daß sie den Verfallvertrag nicht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung machten und die Ungültigkeitserklärung nicht beantragten. Eine Bestätigung des Verfallvertrags nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung ist für gültig zu halten. Das Verbot trifft ja nur diejenigen Verfallabreden, die vor der Pfandreife vereinbart werden.

---

[1]) vgl. Manigk, Art. Pfandrecht.
[2]) in Sächs. Arch. 1928, S. 283.
[3]) vgl. Planck, Komm. Sachenrecht, S. 7, Vorbem.

Es fragt sich noch, ob der Pfandvertrag trotz der Nichtigkeit der Verfallabrede gültig bleibt. Die Frage dürfte wohl für die meisten Fälle zu bejahen sein. Aus § 139 BGB läßt sich dieser Schluß begründen.

§ 11.

III. Umfang des Verbots.

Nach § 1229 BGB ist die Verfallabrede beim Pfand verboten. Unter „Pfand" ist hier zunächst das vertragsmäßige Pfand zu verstehen. Das weiteste Anwendungsgebiet des Verbots liegt im Vertragspfand. Das bringt die Natur des Vertragspfands einerseits und des gesetzlichen und Pfändungspfands andererseits mit sich. Immerhin ist aber auch bei den letztgenannten Rechstinstituten eine Verfallabrede denkbar. Dieselbe ratio, die zum Verbot der Verfallabrede beim Vertragspfand führt, greift auch hier Platz. Es ist deshalb geboten, die Anwendbarkeit des Verbots auch beim gesetzlichen Pfand und beim Pfändungspfand zu bejahen.

Im gemeinen Recht war es bestritten, ob der zu Gunsten des Bürgen geschlossene Verfallvertrag nichtig sei. Im preußischen ALR war deshalb im § 35 I 2 diese Zweifelsfrage durch ein Verbot auch dieses Verfallvertrags ausdrücklich geklärt. Im BGB fehlen für diesen Fall besondere Bestimmungen, und zwar mit Recht; denn sie sind überflüssig. Der Schuldner, der seinem Bürgen ein Pfand bestellt, ist in der gleichen Weise wie jeder andere Schuldner schutzbedürftig. Es fehlt aber auch irgend ein Grund, den Bürgen irgendwie zu bevorzugen. Deshalb ist eine Abrede, gemäß der eine dem Bürgen verpfändete Sache diesem für den Fall der Säumnis des Schuldners und seiner eigenen Inanspruchnahme zu Eigentum verfallen solle, nichtig, es sei denn, daß die Rechte des Schuldners auf den Wertausgleich zwischen Pfand und gesicherter Forderung gewahrt bleiben; denn in diesem Falle ist der Tatbestand der in den §§ 1229, 1149 BGB verbotenen Verfallabrede nicht erfüllt.

Die Verfallabrede ist im § 1229 BGB beim Pfandvertrag verboten. Es wirft sich die Frage auf: Ist die Verfallabrede für gültig zu halten, wenn der Pfandvertrag aus irgend einem Grunde nichtig ist? Das OLG Hamburg hat entschieden[1]), daß auch in diesem Falle die Verfallabrede für nichtig zu halten sei. Biermann[2]) und Staudinger[3]) stimmen der Entscheidung zu. Mit Recht. Die Gründe des OLG Hamburg sind einleuchtend. Der Schuldner, der meint, ein Pfand

[1]) Seuff. Arch., Band 65, Nr. 244.
[2]) Sachenrecht, § 1229, Anm. 1f.
[3]) Komm., § 1229, Anm. 1e.

bestellt zu haben, befindet sich in der gleichen Lage, wie der, der tatsächlich einen gültigen Pfandvertrag geschlossen hat. Die ratio des § 1229 BGB verlangt Anwendung auch auf diesen Fall. Es sei auch auf § 139 BGB hingewiesen[1]), gemäß dem oft die Nichtigkeit der Verfallabrede sich ergeben dürfte; denn es ist anzunehmen, daß in den meisten Fällen die Parteien einen Verfall nur wollen, wenn ein gültiges Pfand bestellt wird. Ist aber der Verfall einer Sache nicht in Beziehung gebracht zu einer Sicherung für eine Forderung des Gläubigers an den Schuldner, dann liegt ein wesentlich anderes Rechtsverhältnis vor, auf das die Vorschriften des Pfandrechts nicht angewandt werden können. Doch dürften Fälle dieser Art selten sein.

Ist die Verfallabrede beim uneigentlichen Pfand verboten? Die Frage ist zu bejahen. Die juristische Konstruktion des uneigentlichen Pfandes ist zwar umstritten, es ist aber fast allgemein anerkannt, daß auch mit dem uneigentlichen Pfand eine Sicherheit für eine Forderung gegeben werden soll; es handelt sich also jedenfalls um ein dem Pfand sehr ähnliches Rechtsinstitut. Deshalb sind die Vorschriften des Pfandrechts, darunter auch das Verbot der Verfallabrede, zum mindesten analog anzuwenden[2]).

§ 12.

IV. Die Verfallabrede bei der Sicherungsübereignung.

Bei der Sicherungsübereignung ist die reine Verfallabrede, wenn sie für den Schuldner wegen Ungleichheit des Wertes von Pfand und gesicherten Forderung durch Verfall auch der hyperocha einen unbilligen Vermögensnachteil mit sich bringt, ebenfalls für verboten zu halten. In der Wissenschaft und Rechtsprechung herrscht über die Anwendbarkeit gerade des § 1229 BGB bei der Sicherungsübereignung lebhafter Streit. Die oben aufgestellte Behauptung bedarf deshalb einer eingehenden Begründung.

Es spricht gegen die Anwendbarkeit des Verbots der Verfallabrede bei der Sicherungsübereignung, daß es sich im § 1229 BGB um sachenrechtliche Vorschriften beim Pfandvertrag handelt, während bei der Sicherungsübereignung schuldrechtliche Abmachungen der Parteien bei der Eigentumsübertragung in Frage stehen[3]). Auf Grund dieser Verschiedenheit wird die Ansicht vertreten, daß Sicherungsübereignung und Pfandbestellung wesentlich und grundlegend in ihrer rechtlichen Natur von einander abweichen. Es wird darauf hingewie-

[1]) vgl. Raape, Verfallklausel, S. 49.

[2]) vgl. Raape, Verfallklausel, S. 66 ff.; Staudinger, Komm., § 1204, Anm. VI; Biermann, Sachenrecht, § 1229, Anm. 4.

[3]) RGR, Komm., § 930, Bem. 6, IV.

sen, daß in der Sicherungsübereignung etwas mehr liege als bloße Pfandbestellung, da der Gläubiger ja sofort Eigentümer werde[1]). Der Gläubiger stehe deshalb freier[2]).

Der Ausgangspunkt dieser Konstruktion ist nicht für zutreffend zu halten. Das Formal-Juristische an beiden Rechtsinstituten wird stark betont und die in dieser Hinsicht tatsächlich vorhandene Verschiedenheit als durchschlagende Begründung für die Behauptung, daß Sicherungsübereignung und Pfandbestellung in ihrem juristischen Charakter wesentlich voneinander abweichen, angesehen. Es ist nicht schwer einzusehen, daß diese Begründung Äußerlichkeiten heranzieht, die nicht die ihnen zugesprochene große Bedeutung haben können. Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob sich Sicherungsübereignung und Pfandbestellung wesentlich unterscheiden und deshalb eine verschiedene rechtliche Behandlung verdienen, ist nicht der Umstand, daß die dinglichen Merkmale des zivilrechtlichen Eigentums sich von denen des Pfands unterscheiden. Es muß vielmehr untersucht werden, ob das zur Sicherung übertragene Eigentum einen anderen Zweck verfolgt als die Pfandbestellung, und ob das zur Sicherung übertragene Eigentum eine andere Wirkung auf die Vermögensmassen des Gläubigers und Schuldners ausübt als die Pfandbestellung. Stellt man die Frage so, dann wird die Antwort die Grundlagen der beiden Rechtsinstitute darlegen; es lassen sich dann auch die Zweifel lösen, ob Sicherungsübereignung und Pfandbestellung wesentlich voneinander verschieden sind.

Die treffende Wortbildung „Sicherungsübereignung" zeigt, daß die von Schuldner und Gläubiger gewollte Übereignung zur Sicherung, und zwar zunächst nur zur Sicherung, dienen soll; denselben Zweck verfolgt aber auch die Pfandbestellung. Der Zweck bei beiden Rechtsinstituten ist also derselbe. Dieses gemeinschaftliche Merkmal berechtigt schon, einen inneren Zusammenhang zwischen Sicherungsübereignung und Pfandbestellung anzunehmen; die gegensätzlichen äußeren Formen — hier Eigentum, dort Pfand — sind nicht geeignet, diesen inneren Zusammenhang zu zerstören.

Daß Sicherungsübereignung und Pfandbestellung wesensgleich sind, erhellt aber besonders daraus, daß die Vermögensmassen des Gläubigers und Schuldners durch die Sicherungsübereignung ebensowenig vermehrt oder vermindert werden wie durch die Pfandbestellung. Es wird kein Kaufmann die ihm zur Sicherung übereignete

[1]) Staudinger, Komm., § 929, Anm. VIII 2d; Düringer i. Lpz. Zeitschr. 1908, S. 103; Hallbauer i. „Recht" 1905, S. 635.

[2]) RG in „Recht" 1913, Nr. 3259; vgl. auch Staub, Komm z. HGB, 12. u. 13. Aufl., § 368, Anm. 99a.

Ladeneinrichtung seines Schuldners als Aktivum in seiner Bilanz aufführen; ebenso wird der Schuldner diese Ladeneinrichtung aus seiner Vermögensaufstellung herauslassen. Dieses Verhalten ist durchaus gerechtfertigt, entspricht den Interessen beider Parteien und weist deren Vermögensverhältnisse nach, wie sie der Wirklichkeit entsprechen. Es zeigt sich hier, daß man das Eigentumsrecht an einem Gegenstande weggeben kann, diesen Gegenstand selbst aber trotzdem in seinem Vermögen behält. Dieses Ergebnis muß man anerkennen, wenn man die Eingehung von Treuhandverhältnissen als rechtlich möglich und zulässig bezeichnet.

Schließlich spricht auch die Geschichte für die Wesensgleichheit von Sicherungsübereignung und Pfandbestellung[1]). Sowohl bei der fiducia als auch beim pignus, die beide zur Sicherung von Forderungen des Gläubigers an den Schuldner dienten, wurde von Konstantin die lex commissoria verboten. Das Beispiel Konstantins, der fiducia und pignus hier gleich behandelte, mag auch für die Auslegung des geltenden Rechts richtunggebend sein.

Aus alledem ergibt sich, daß Sicherungsübereignung und Pfandbestellung verwandte Rechtsinstitute sind. Beide haben den Zweck, eine Forderung des Gläubigers an den Schuldner zu sichern, und beide erreichen diesen Zweck, indem ein Vermögensgegenstand des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers verstrickt wird, ohne daß die Vermögensmassen des Gläubigers oder Schuldners sich vermehren oder vermindern. Aus dieser Erkenntnis heraus läßt sich eine grundsätzlich gleiche rechtliche Behandlung von Sicherungsübereignung und Pfandbestellung rechtfertigen. Rechtssätze, die ein für beide Institute geltendes Prinzip enthalten, sind auch für beide Institute verbindlich. Wie verhält es sich nun mit den Verkaufsvorschriften des Pfandes? Sind diese auch bei der Sicherungsübereignung anwendbar?

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß das Verbot des § 1229 BGB und die Vorschriften über den Verkauf des Pfandes sich gegenseitig ergänzen; beide zusammen erst können der ratio, die allen diesen Vorschriften zugrunde liegt, zum Siege verhelfen. Beide kennzeichnen nicht äußere Merkmale des Pfandes als eines beschränkten dinglichen Rechts, sondern sind aus dem allgemeinen Prinzip des gerechten Ausgleichs von Interessenkonflikten zwischen Schuldner und Gläubiger entstanden. Die Frage nach der Anwendbarkeit bei der Sicherungsübereignung läßt sich deshalb nur einheitlich für das Verbot des § 1229 BGB und die Vorschriften der §§ 1233 ff. BGB bejahen oder verneinen. Die erwähnten Vorschriften sind allerdings nur beim Pfandrecht Gesetz geworden, müssen aber trotzdem auch

[1]) vgl. Manigk, Art. fiducia; s. auch o. § 2.

bei der gesetzlich nicht behandelten, aber dem Pfandrecht wesensgleichen, Sicherungsübereignung angewendet werden; da sie aus einem allgemeinen Prinzip heraus geboren sind, haben sie bei beiden verwandten Rechtsinstituten Geltung.

Eine einheitliche analoge Anwendung der Vorschriften über die Verwertung des Pfandes auf die Sicherungsübereignung ist geboten. Es bedarf nicht der Konstruktion eines Treuvertrags mit Sorgfaltspflichten[1]), um die Inkonsequenz zu verdecken, die darin liegt, wenn man[2]) § 1229 BGB zwar nicht, wohl aber die §§ 1233 ff. BGB bei der Sicherungsübereignung für anwendbar erklären will.

Gegen die analoge Anwendung der Vorschriften über die Verwertung des Pfandes bei der Sicherungsübereignung ist auch der Einwand von M. Wolff[3]) nicht durchschlagend. Wolff meint, wer für die analoge Anwendung wäre, täte damit kund, daß die Sicherungsübereignung für eine Gesetzesumgehung zu gelten habe. Dem ist nicht zuzustimmen. Richtig ist, daß die Sicherungsübereignung keine Gesetzesumgehung, etwa eine verschleierte Verpfändung ohne Besitzübertragung, ist. Im Gesetz ist nicht gesagt, daß man zur Sicherung einer Forderung sich nur des Pfandrechts bedienen dürfe. Zwar nur dieses ist gesetzlich geregelt, daraus folgt aber nicht, daß ein anderer Vertrag, mit dem man denselben Zweck erreicht, z. B. die Sicherungsübereignung, eine Gesetzesumgehung ist. Es folgt aber daraus, daß man allgemeine, allerdings nur im Pfandrecht Gesetz gewordene, Vorschriften bei der Sicherungsübereignung analog anwendet, nicht, daß man beide Rechtsinstitute für identisch hält und deshalb zugibt, in der Form des einen das andere zu umgehen. Wolff hätte mit seiner Meinung recht, wenn mit den Vorschriften der §§ 1229, 1233 ff. BGB spezifische Merkmale des Pfandrechts als eines beschränkten dinglichen Rechts an fremder Sache charakterisiert würden. Dem ist aber nicht so.

Schließlich sei auch noch auf die Behandlung der Sicherungsübereignung im Konkurse verwiesen. Nach der hier gegebenen Konstruktion hat der Treunehmer im Konkurse des Treugebers ein Absonderungs-, kein Aussonderungsrecht. Zu demselben Ergebnis kommt auch das Reichsgericht[4]), obwohl es doch in Konsequenz der Ansicht, daß die Sicherungsübereignung den Gläubiger freier stelle, ihn zum Eigentümer mache und deshalb die Vorschriften über die Pfandverwertung

[1]) vgl. Staub, Komm z. HGB, § 368, Anm. 99a; RG 76, 347; 107, 334; anders dagegen RG in „Recht" 1913, Nr. 3259.

[2]) wie z. B. Staudinger, Komm., § 929, Anm. VIII, 2d, aber ohne Begründung.

[3]) Sachenrecht, § 163 1d, 5. Aufl. 1923; etwas anders, aber auch noch die analoge Anwendung verneinend, in den späteren Auflagen.

[4]) RGR, Komm., § 913, Anm. 6; in Leipz. Zeitschr. 1910, S. 157.

nicht anwendbar seien, für den Treunehmer im Konkurse des Treugebers ein Aussonderungsrecht feststellen müßte. Das Reichsgericht hilft sich, indem es den für den Konkursfall aufgestellten Rechtssatz für außerhalb des Konkurses nicht anwendbar erklärt. Diese Begründung geht um das Problem herum. Gerade im Konkurse zeigt sich, ob die anderswo gefundene Konstruktion eines Rechtsverhältnisses einer Prüfung standhält. Deshalb ist der Ansicht der Vorzug zu geben, die in der Sicherungsübereignung ein der Pfandbestellung verwandtes Institut sieht; denn dann ist die Verweigerung des Aussonderungsrechts und die Gewährung des Absonderungsrechts einwandfrei zu rechtfertigen.

Aus den vorstehenden Ausführungen läßt sich der Schluß ziehen, daß das Verbot der Verfallabrede auch bei der Sicherungsübereignung anzuwenden ist. Es ist zwar eine direkte Anwendung des § 1229 BGB nicht möglich, wohl aber eine sinngemäße. Zu diesem Ergebnis führte eine Konstruktion der Sicherungsübereignung, die eine einheitliche Behandlung dieses Instituts in den verschiedenen Rechtsverhältnissen gestattet, und auch schon aus diesem Grunde für sich spricht. Die praktischen Folgen sind ebenfalls zu billigen: den unlauteren Machenschaften geriebener Geldverleiher, die über den Weg der Sicherungsübereignung das Verbot des § 1229 BGB wirkungslos machen wollen, wird ein Riegel vorgeschoben[1]).

Im Ergebnis freilich wird oft die hier vertretene Ansicht mit der gegnerischen zu übereinstimmenden Lösungen führen. Das liegt dann aber daran, daß die an dieser Stelle dargelegte Auslegung des im § 1229 BGB ausgesprochenen Verbots einen Verfallvertrag für gültig erklärt, wenn dem Schuldner keine unbilligen Vermögensnachteile drohen. Die Voraussetzungen des grundsätzlich anwendbaren § 1229 BGB sind eben nicht gegeben, wenn die eventuell vorhandene hyperocha nicht mit verfällt, sondern an den Schuldner herauszuzahlen ist. Nach der Ansicht der Gegner dagegen ist § 1229 BGB infolge einer rechtlich nicht einwandfreien Konstruktion bei der Sicherungsübereignung grundsätzlich nicht für anwendbar zu halten. Liegt deshalb ein reiner, dem Schuldner nachteiliger Verfallvertrag vor, dann, aber auch nur dann, ist dieser, wie gezeigt, auf Grund analoger Anwendung von § 1229 BGB auch bei der Sicherungsübereignung für nichtig zu halten.

---

[1]) ebenso Raape, Verfallklausel, S. 52 ff.; Planck, Komm., § 930, Anm. 5.

§ 13.

V. Schlußbetrachtung.

Zusammenfassend ist festzustellen: Die heute herrschende Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB ist unzutreffend. Sie ist zu weit, entstanden aus einer falschen Geschichtsauffassung heraus. Die Betrachtung der Geschichte des Verbotes der Verfallabrede führt zu der einschränkenden Auslegung, daß nur der unumschränkte Verfallvertrag verboten ist. Bestätigt wurde diese Auffassung durch den Zweck des Verbotes der Verfallabrede, der sich aus dem Zusammenhang mit den Vorschriften über die Verwertung des Pfandes erschloß. In vielen Fällen ist ein Verfall, bei dem der Schuldner sich seine Rechte auf den Ausgleich des Wertes zwischen gesicherter Forderung und Pfandgegenstand wahrt, für den Schuldner und auch für den Gläubiger vorteilhafter als eine öffentliche Versteigerung. Für den Schuldner spielt schon die Ersparnis der Kosten eine Rolle, ganz abgesehen davon, daß manche Versteigerung zu einer Verschleuderung des Pfandes führt, die vielleicht durch eine bei Eingehung des Pfandvertrags übereingekommene Verfallabrede hätte vermieden werden können. Für den Gläubiger ist die schnelle und einfache Abwicklung eines Schuldverhältnisses von großer Bedeutung. Die mit der gefundenen Auslegung erzielten Ergebnisse entsprechen auch der Billigkeit, denn die Konflikte werden in zweckmäßiger Weise gemäß den Anforderungen eines entwickelten Verkehrs geregelt.

Die Auslegung der §§ 1149, 1229 BGB ergibt, daß nur derjenige Verfallvertrag verboten ist, bei dem auch der etwa vorhandene Mehrwert des Pfandes mitverfallen soll.

Lebenslauf.

Ich bin am 10. März 1900 in Koblenz als Sohn des Kaufmanns Hermann Bonnemann und seiner Ehefrau Bernhardine geb. Dickmann geboren. Ich besuchte das humanist. Kaiserin Augusta-Gymnasium in Koblenz und legte im Frühjahr 1918 vorzeitig die Reifeprüfung ab, da ich zum Kriegsdienste eingezogen wurde. Nach Beendigung des Krieges widmete ich mich auf den Universitäten in Freiburg i. Br., München und Marburg dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Ich habe mein Studium zweimal unterbrochen, um praktisch zu arbeiten. Im November 1929 bestand ich das erste juristische Staatsexamen in Kassel und bin seit dem 28. Dezember 1929 als Gerichtsreferendar zur weiteren juristischen Ausbildung und zur Vorbereitung auf die große juristische Staatsprüfung tätig.